

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

**CURSO DE DIREITO**

**ELVES DE LIMA ALVES**

**ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4.733  
(CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA): Função Judicante Contemporânea Ou  
Ativismo Judicial?**

**SÃO CRISTÓVÃO/SE**

**2021**

**ELVES DE LIMA ALVES**

**ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4.733  
(CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA): Função Judicante Contemporânea ou  
Ativismo Judicial?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Universidade Federal de Sergipe como pré-  
requisito para obtenção de graduação em Direito.  
Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Daniela Carvalho  
Almeida da Costa.

**SÃO CRISTÓVÃO/SE**

**2021**

## FICHA CATALOGRÁFICA

ALVES, ELVES DE LIMA.

Análise do Julgamento da ADO 26 e Do MI 4.733 (Criminalização da Homofobia): Função Judicante Contemporânea ou Ativismo Judicial?

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Daniela Carvalho Almeida da Costa.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal de Sergipe, 2021.

1. . Criminalização. 2. Ativismo Judicial 3. Homotransfobia. I ALVES, Elves de Lima. II Universidade Federal de Sergipe. III Criminalização da homotransfobia pelo STF.

**ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4.733  
(CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA): Função Judicante Contemporânea Ou  
Ativismo Judicial?**

**ELVES DE LIMA ALVES**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Universidade Federal de  
Sergipe como pré-requisito para obtenção  
de graduação em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Daniela Carvalho  
Almeida da Costa.

São Cristóvão, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Daniela Carvalho Almeida da Costa**  
**(Orientadora)**

---

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Andréa Depieri de Albuquerque Reginato**  
**(Examinadora)**

---

**Prof. Dr. Clóvis Marinho De Barros Falcão**  
**(Examinador)**

## **AGRADECIMENTOS**

Aproveito a oportunidade para, expressamente, firmar o meu agradecimento a cada pessoa que, direta ou indiretamente, auxiliou-me a lograr os objetivos perseguidos, em especial, no desenvolvimento da presente pesquisa.

Inicialmente, agradeço aos meus queridos pais que com muita sabedoria, impingiram em mim os valores mais nobres da vida.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup> Daniela Carvalho que muito contribuiu - com seus sempre esmerados ensinamentos – com o desenvolvimento e a conclusão de minha pesquisa.

Por fim, agradeço a todos os colegas e professores que de diversas formas e em diversos momentos se fizeram presentes durante esta caminhada que se encerra com a tão esperada Graduação no Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

## **RESUMO**

Em junho de 2019, no julgamento da ADO/26 e da MI/4.733, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia, determinando a aplicação da Lei 7.716/1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Nesta esteira, este trabalho se propôs a responder ao problema de pesquisa: “a atuação do Tribunal Superior se revela como a efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou atua extrapolando seus limites, invadindo a órbita do Poder Legislativo revelando-se em uma postura ativista indesejada?” Utilizou-se no presente trabalho o método analítico, e mais especificamente estudo de um caso (um julgado) e como técnicas de pesquisa, optou-se pela revisão de literatura. Para atingir o objetivo proposto, foi realizada uma análise dos principais argumentos que fundamentaram o voto do relator, o Ministro Celso de Mello, para que se pudesse compreender até que ponto pode ser justificado, a partir do ordenamento jurídico, a criminalização via judiciário das condutas homotransfóbicas.

**Palavras-chave:** Criminalização. Homotransfobia. Ativismo Judicial

## **ABSTRACT**

In June 2019, in the judgment of ADO/26 and M/I 4,733, the Supreme Federal Court recognized the delay of the National Congress in editing a law that criminalizes acts of homophobia and transphobia, determining the application of Law 7.716/89 that defines the crimes resulting from prejudice of race or color, conduct of discrimination based on sexual orientation or gender identity. In this context, this work proposes to answer the research problem: "does the performance of the Superior Court reveal itself as the realization of fundamental rights constitutionally enshrined or does it go beyond its limits, invading the orbit of the Legislative Power, revealing itself in an activist stance? " In the present work, the analytical method was used, and more specifically a case study (one judged) and as research techniques, the literature review was chosen. In order to achieve the proposed objective, an analysis of the main arguments that supported the vote of the rapporteur, Minister Celso de Mello, was carried out, so that it is possible to understand the extent to which the criminalization of the conducts can be justified, based on the legal system. homotransphobic.

**Keywords:** Criminalization. Homotransphobia. Judicial Activism

“A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”.

Ihering



## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

#### **1. ASPECTOS DA HOMOFOBIA NO BRASIL**

- 1.1. UM HISTÓRICO DE SEGREGAÇÃO
- 1.2. A COMUNIDADE LGBTQIA+: UM UNIVERSO DE IDENTIDADES
- 1.3. AS SIGLAS E SEUS SIGNIFICADOS – UMA SOPA DE LETRINHAS?
- 1.4. LUTAS POR RECONHECIMENTO LEGAL

#### **2. FUNÇÃO JURISDICIONAL NA CONTEMPORANEIDADE**

- 2.1. ATIVISMO JUDICIAL
- 2.2. O ATIVISMO SOB A PERSPECTIVA DE LUÍS ROBERTO BARROSO

#### **3. DOS CRIMES DE PRECONCEITO**

- 3.1. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO A PROTEÇÃO DEFICIENTE
- 3.2. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL
- 3.3. LEI 7.716: BREVE ANÁLISE

#### **4. O VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA ADO/26 E MI/4.733**

- 4.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO/26
- 4.2. MANDADO DE INJUNÇÃO/4.733.
- 4.3. ANÁLISE CRÍTICA DO VOTO DO MINISTRO RELATOR
  - 4.3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL
  - 4.3.2. ESTADO DE INCONSTITUCIONAL OMISSÃO NORMATIVA
  - 4.3.3. DA ANALOGIA E DA INTERPRETAÇÃO CONFORME
    - 4.3.3.1. ANALOGIA
    - 4.3.3.2. INTERPRETAÇÃO CONFORME
  - 4.3.4. HOMOTRANSFOBIA COMO FORMA CONTEMPORÂNEA DE RACISMO

#### **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

#### **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## **Introdução**

Em 13.06.2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedentes os pedidos formulados em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO/26) e em Mandado de Injunção (MI/4.733) para reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia. Determinou, também, até que seja colmatada essa lacuna legislativa, a aplicação da Lei 7.716/1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos e mediante subsunção.

A referida decisão traz à tona um exemplo de ampliação da esfera do Poder Judiciário além dos previstos pela Constituição Federal, invadindo a órbita Legislativa ou se revela como a garantia do direito de criminalização de ações homotransfóbicas, qualificando-as como gênero de racismo social, em face de evidente mora do legislador pátrio? Também pretende-se responder ao seguinte subproblema: Em que pese esta decisão tenha, em tese, corrigido uma lacuna do ordenamento jurídico, é aceitável num Estado Democrático de Direito que uma conduta incriminadora venha a ser reconhecida pelo Judiciário sem ferir o Princípio da Legalidade Penal?

Para responder estes questionamentos, se faz necessário inicialmente por em pauta uma análise sobre a demanda de reconhecimento social pela comunidade LGBTQIA+, buscando-se compreender a complexa rede de identidades do movimento em busca de efetivação de seus direitos fundamentais.

Busca-se também aferir traços marcantes do constitucionalismo contemporâneo e a ascensão institucional do Poder Judiciário, que, ao se manifestar sobre questões polêmicas, por vezes amplia sua função jurisdicional; bem como discorrer sobre o fenômeno denominado de “ativismo judicial”, sob a perspectiva de Barroso, e as implicações que sua utilização recorrente pode gerar.

Uma vez que a temática central do trabalho figura em torno da criminalização das condutas homofóbicas por decisão de um Tribunal Superior, se faz necessário relacionar esta decisão com o princípio da vedação a infraproteção que fora utilizado como argumento para a efetivação de direitos fundamentais sem configurar quebra do princípio da legalidade. Também foi realizada uma análise da atual legislação penal que

delimita as hipóteses positivadas no ordenamento jurídico, visto que se trata de mandado de criminalização emanado diretamente da Constituição Federal.

Por fim, o presente trabalho tem como proposta realizar uma análise, sob o viés empírico-analítico, à luz do panorama constitucional e penal, dos fundamentos do voto do ministro relator no julgamento da ADO/26 e do MI/4.733, Min. Celso de Mello, bem como seus efeitos, procurando identificar e relacionar os argumentos trazidos pelo ministro no teor do seu respectivo voto e por fim analisar se houve, no caso concreto, uma extrapolação, por parte do Supremo Tribunal Federal, no sentido de entender as condutas homofóbicas como pertencentes ao gênero racismo social, diante da omissão legislativa.

Deste modo, a metodologia empregada na construção do presente trabalho parte do método analítico, e mais especificamente pelo estudo de um caso (um julgado). Como técnicas de pesquisa, opta-se pela revisão de literatura, sob o aspecto sistemático, e consulta a fonte documental (voto do relator).

A hipótese que norteia este trabalho é que uma decisão na seara penal de criminalização da homofobia por parte do Judiciário, que obviamente traz um caráter eminentemente prejudicial ao agente e, em tese, deveria se ater ao princípio da legalidade estrita, não deve ser usada como muleta para a correção de problemas sociais, ainda que visem sanar uma causa justa. Apesar da tentativa de correção a uma evidente ineficiência legislativa, traz um grande risco de gerar uma grave analogia *in malam partem*, fato que é inconcebível na atual esfera constitucional.

O interesse em trabalhar neste tema advém das controvérsias suscitadas acerca da invasão do Poder Judiciário no domínio dos outros Poderes Estatais, se valendo de uma prática antidemocrática e desprovida de legitimidade.

No capítulo inicial deste trabalho, buscou-se compreender, através de um breve apanhado histórico, a complexidade e amplitude de identidades que compõe a nomenclatura do movimento LGBTQIA+ e demonstrar diversas ocasiões em que o Movimento luta pela efetivação de seus direitos fundamentais tentando incorporar a temática dos direitos sexuais no âmbito legislativo brasileiro, à procura da inclusão das suas demandas para correção da clara omissão Estatal. No capítulo 2 abordamos a temática dos limites da função que o poder Judiciário tem assumido na atualidade, diante de reiteradas omissões legislativas, explorando o fenômeno do Ativismo Judicial à luz dos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso. No capítulo 3 tratamos do

princípio da vedação a proteção deficiente e da sua invocação na garantia do direito das minorias, bem como se faz uma análise de como os mandados de criminalização impõe ao legislador a tarefa de produzir medidas previstas no bojo da Constituição e finaliza com as hipóteses de crimes de preconceito reguladas pela lei 7716/89. O capítulo 4 é dedicado a exposição dos argumentos que levaram o STF a considerar condutas de cunho homotransfóbico como equivalentes aos crimes de preconceito realizando uma análise crítica em torno destes argumentos, relacionando-os com o cerne principiológico do Direito Penal.

## **1. Aspectos da Homofobia no Brasil**

O gênero e a orientação sexual constituem elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana e integram uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade. No Brasil, a população LGBTQIA+ vem, sistematicamente, sendo vítima de diversas formas de violência, inclusive Estatais, fato que é flagrantemente contrário à atual ordem constitucional e democrática, sendo que cabe primordialmente aos órgãos institucionais, a promoção de políticas públicas, no intuito de garantir e assegurar os direitos de todos, incondicionalmente. Neste cenário, a seguir será realizada inicialmente uma sinopse sobre a marginalização do grupo pela sociedade; posteriormente, se discutirá a imensa complexidade e diversidade de gêneros; ligado a isso, será abordada a temática da construção de uma nomenclatura (sigla) que atenda a esta diversidade de identidades e por fim abordar a luta por reconhecimento legal do movimento.

### **1.1. Um Histórico de Segregação**

Desde o período Colonial a homossexualidade permeou o imaginário da sociedade brasileira. Acusados de cometer o pecado infame da sodomia, muitos indivíduos foram perseguidos pela Igreja Católica e punidos com a pena de morte por supostamente praticarem atos homossexuais (Trevisan, 2004; Mott, 1989). Com a independência política em 1822 e a aprovação do Código Criminal do Império em 1830, a homossexualidade foi descriminalizada no Brasil, o que não significou a aceitação

dessa prática sexual pela sociedade e pelo Estado. Ao longo do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, indivíduos com práticas homoeróticas foram alvos do assédio da população, dos órgãos médicos e das instituições policiais (Green; Polito, 2006).

Foi a partir das décadas de 1940 e 1950 que a homossexualidade no Brasil começou a ganhar visibilidade pública para além das páginas policiais dos jornais. As intensas modificações sociais que o Brasil experimentava, dentre elas a intensa urbanização e industrialização, possibilitou a emergência de diversos locais de sociabilidade homossexual, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo. Criaram-se assim diversas redes de sociabilidade e no ano de 1968 foi fundado o *Snob*, primeiro periódico voltado ao público homossexual (GREEN, 2000).

Apesar da existência de uma subcultura homossexual relativamente bem desenvolvida nos dois principais centros urbanos do país já na década de 1960, é com a fundação do grupo Somos, em 1978, na cidade de São Paulo, que tem início a luta propriamente política dos homossexuais no Brasil (Macrae, 1990; Green, 2000; Trevisan, 2004).

A fundação do primeiro grupo brasileiro a afirmar uma proposta de politização da questão da homossexualidade, se deu num contexto marcado pela contracultura, pela ditadura militar, por intensa atividade de grupos de esquerda e pelo surgimento e a visibilização das versões modernas do movimento feminista e negro (MACRAE, 1990).

Nesse contexto de ampla contestação política e cultural ao *status quo* surge o jornal *Lampião da Esquina* (1978), um dos expoentes da chamada imprensa “nanica”. Ao criticar o autoritarismo presente tanto nas instituições políticas como na própria sociedade, o *Lampião* levantou a questão da homossexualidade em seus aspectos político, existencial e cultural. O jornal converteu-se no grande divulgador das ideias e discussões do grupo Somos e também de outros grupos do incipiente movimento homossexual, embora essa relação muitas vezes tenha sido conflituosa (Macrae, 1990).

Após esse conciso apanhado histórico, a seguir será tratada da dificuldade de delimitação de um conceito clauso sobre o tema, muito em virtude da diversidade e complexidade de identidades individuais e fruto da constante mutabilidade psicossocial das pessoas não enquadradas no padrão heteroafetivo.

## **1.2. A Comunidade LGBTQIA+: Um Universo de Identidades**

Nos dois últimos séculos, a sexualidade tornou-se objeto privilegiado do olhar de cientistas, religiosos, psiquiatras, antropólogos, educadores, passando a se constituir, efetivamente, numa ‘questão’, como afirma Guacira Lopes Louro (2001),

Desde então, ela vem sendo descrita, compreendida, explicada, regulada, saneada, educada, normatizada, a partir das mais diversas perspectivas. Se, nos dias de hoje, ela continua alvo da vigilância e do controle, agora se ampliaram e diversificaram-se suas formas de regulação, multiplicaram-se as instâncias e as instituições que se autorizam a ditar-lhe as normas, a definir-lhe os padrões de pureza, sanidade ou insanidade, a delimitar-lhe os saberes e as práticas pertinentes, adequados ou infames. Ao lado de instituições tradicionais, como o Estado, as igrejas ou a ciência, agora outras instâncias e outros grupos organizados reivindicam, sobre ela, suas verdades e sua ética.

De forma mais objetiva, de acordo com Vecchiatti (2017, p.88-89), pode-se dizer que a orientação sexual refere-se à homossexualidade, à heterossexualidade e à bissexualidade, por se referir ao sexo/gênero que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, ao passo que a identidade de gênero refere-se à travestilidade, à transexualidade, à transgeneridade em geral e à cisgeneridade por se referir ao gênero com o qual a pessoa se identifica. Fala-se em orientação sexual ou identidade de gênero real ou atribuída no sentido de se caracterizar a homofobia/transfobia tanto quando as vítimas sejam agredidas / discriminadas / ofendidas / ameaçadas por sua real orientação sexual ou identidade de gênero não heterossexual cisgênera e também quando as vítimas são heterossexuais, mas são confundidas com LGBTQIA+, ou seja, são agredidas por terem a si atribuída uma orientação sexual ou identidade de gênero distinta da sua.

O psicanalista brasileiro Jurandir Freire Costa propõe a substituição desses termos patologizantes pelo termo “homoterotismo”, pois, segundo o autor, resistir a tais terminologias implica em resistir também à carga negativa com que a ciência e a cultura vêm sobrecarregando tais termos (COSTA, 1992). A homofobia, ou mais adequadamente, o heterossexismo, como todas as outras formas de intolerância, indica Borillo (2001), se articula ainda em torno das emoções crenças, prejulgamentos, convicções e fantasmas, assim como de condutas, em atos, práticas, procedimentos e

leis, e ainda através de dispositivos ideológicos, como através de teorias, mitos, doutrinas e argumentos de autoridade. E não se tratando somente de uma violência contra os homossexuais, a homofobia constitui-se uma ameaça aos valores democráticos de compreensão e de respeito ao outro (Borrilo, 2001).

Refere-se, portanto, ao preconceito e/ou à discriminação contra homossexuais (gays e lésbicas) e bissexuais, ao passo que transfobia é o preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral.

### **1.3. As siglas e seus significados – Uma sopa de letrinhas?**

Pelo exposto, percebe-se que a comunidade LGBTQIA+ e o mundo que ela representa vive em constante mudança e evolução. Novas pautas são adicionadas sempre que novas questões que envolvam as homossexualidades, no âmbito político ou social, surgem. Nasceu primordialmente representada pela sigla GLS, que incluía unicamente os gays, as lésbicas e simpatizantes. Com a revelação de outras homossexualidades que ainda se mostravam distintas daquelas que eram representadas, novas siglas foram nascendo, novos termos e novos conceitos. Foi no ano de 2005, no XII Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Transgêneros, que a letra “b”, de bissexuais, passou a fazer parte oficialmente da sigla, tal como foi onde ocorreu a conciliação de que a letra “t” passaria a referir igualmente aos indivíduos travestis, transexuais, e transgêneros dentro da comunidade. Posteriormente, a sigla LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) se tornaria a denominação oficial, conforme aprovado pela I Conferência Nacional GLBT (gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Mesmo que uma decisão recente, a sigla continua em mudança. Nos meios de militância, ainda surgem novas letras para representar novas homossexualidades, como o “i” de intersex, o “q” de queer e o “a” de agêneros e assexuados (BORTOLETTO, 2019, pp.10 -11). Neste trabalho, optou-se pela sigla LGBTQIA+, sendo que o símbolo “+”, vem a indicar a possibilidade da inclusão de novas formas de relações interpessoais no campo da orientação sexual e identidade de gênero

É de salientar que não basta acrescentar letras às siglas ou trocar a ordem das letras – transformar o nome do movimento não dirime magicamente as assimetrias de gênero e não alça lésbicas, travestis, transexuais ou bissexuais à condição de “iguais”. Afinal, dentro do universo das letrinhas residem disputas internas de poder e

hierarquizações que, muitas vezes, destoam dos objetivos de promoção da igualdade dentro e fora do movimento. (FACCHINI, 2005)

Por tudo isso, é perceptível a impossibilidade de conceituação da comunidade LGBTQIA+, visto que se trata de algo que não está completamente construído, nem de outro modo poderia ser, pois sua complexidade varia na medida em que não abarca todas as experiências singulares e pessoais tendo em conta as mutabilidades das relações sociais.

Dito isso, não é objetivo deste trabalho, encontrar um significado ou um termo que defina ou delimite os integrantes do movimento LGBTQIA+, mas apenas apresentar alguns pontos de relevância que trazem à tona o contexto social de suas reivindicações (legítimas) que levaram o STF a tomar uma decisão que, como será tratado mais a frente, causou grande impacto na principiologia constitucional e penal. A seguir, serão apresentados alguns momentos em que a Militância procurou suprir a omissão Estatal e foi em busca da legitimação da igualdade de direitos.

#### **1.4. Lutas por Reconhecimento Legal**

Junto com o surgimento dos movimentos sociais contemporâneos como o Movimento Negro, o Movimento Feminista, surge pouco tempo depois “o movimento de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT), que apenas recentemente, alcançou uma visibilidade incontestável e passou a compor o cenário de lutas políticas no Brasil” como aponta Camarotti (2009, p. 12).

Para Melucci (1989) é percebido um aumento significativo no número de grupos capazes de se organizar, representando seus interesses e extraindo vantagens do processo de troca política. A resposta do Movimento LGBTQIA+ a ineficiência do Estado, surge, de forma massiva na década de 1990 e passa atuar num formato mais pragmático e sobre as vias institucionais através das Organizações Não Governamentais (ONGs), o Grupo Gay da Bahia (GGB) e o Triângulo Rosa-RJ são identificados como os grupos mais expressivos nessa nova forma de atuação do movimento, se na década de 1980 o I Encontro Brasileiro de Homossexuais (IBH) reuniu 19 grupos organizados pelo Brasil, na década de 1990 o mesmo evento reuniu 180 grupos e organizações espalhados/espalhadas pelo Brasil, número que evidencia uma nova organização e



atuação. De acordo com Santos (2016, p.189), grupos de militância homossexual estiveram ativamente engajados nas ações de *advocacy* junto às instâncias estatais.

Data de 1982 um panfleto elaborado pelo GGB no qual o grupo aponta as principais demandas do movimento homossexual e exige de outros partidos políticos, além do PT, que abracem a causa homossexual e criem leis e regulamento que defendam seus direitos (Grupo Gay da Bahia, 1982). Segundo Rodrigues (2014), ao longo dos últimos 30 anos o GGB, coordenado pelo militante e professor/antropólogo Luiz Mott, tem nos servido de referência na análise da violência e o extermínio da população LGBTQIA+ no Brasil. Os dados são mapeados pelo GGB através das notícias de jornais e as veiculadas pela internet. Tomando este veículo e grupo por referência, percebemos um crescimento nos homicídios praticados contra LGBTQIA+ ao longo das últimas décadas, conferindo ao Brasil o título de campeão mundial em crimes contra as minorias sexuais.

No tocante às tentativas de inserção de proteção legislativa, em levantamento feito por Santos (2016, pp. 198-199) foram identificadas propostas de mudança na legislação que especificamente contemplavam a promoção dos direitos sexuais de LGBTQIA+.

A primeira delas foi a proposta de inclusão do termo “orientação sexual” nas razões de não discriminação do artigo 3º da Constituição Federal (Assembleia Nacional Constituinte). Foi objeto de votação nominal na comissão de sistematização em julho de 1987 e novamente no plenário da Assembleia Nacional Constituinte em 1988. A segunda proposta versava sobre o mesmo tema e foi votada no plenário, em sessão conjunta da Câmara e do Senado. No caso da Parceria Civil Registrada (PCR), embora tenha sido aprovado na Comissão Especial, o projeto de lei nunca foi votado pelo plenário. Em duas ocasiões o projeto de lei chegou a ser colocado na pauta de votação, sendo então retirado pelos seus defensores, por receio de sua rejeição pelos parlamentares. (SANTOS, 2011)

Em seguida, houve a tentativa de inclusão do termo “orientação sexual” nas razões de não discriminação do artigo 3º da Constituição Federal (Revisão Constitucional, fevereiro de 1994), tendo sido apresentada pelo grupo Triângulo Rosa-RJ, na figura do seu presidente João Antônio Mascarenhas, o principal porta-voz do MHB em defesa da medida. Como tem ocorrido em todas as votações de projetos de lei que visam garantir direitos a LGBTQIA+, a atuação da bancada evangélica foi decisiva

para a rejeição da proposta. Depois de acalorados debates, a proposta foi rejeitada por 60 votos contrários e 32 votos a favor de um total de 92 parlamentares presentes. (SANTOS, 2016, p.200)

A partir deste momento houve um significativo crescimento do movimento com a criação, em 1995, da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), o que mobilizou a presença de novos atores e a propagação de ações no âmbito legislativo e na luta por ampliação dos direitos (FACCHINI, 2005; RAMOS; ADÃO; BARROS, 2003).

Em dezembro de 1995, a então deputada Marta Suplicy (PT/SP) apresentou o Projeto de Lei n. 1.151 (Comissão Especial, Câmara dos Deputados, novembro de 1996), que visava reconhecer a união civil entre casais do mesmo sexo. Foram realizadas ao longo do ano de 1996 treze reuniões para debater a relevância da matéria e a sua constitucionalidade. Após os debates, o parecer do então deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) foi submetido à votação na Comissão Especial e aprovado por 11 votos favoráveis e 5 contrários. Mesmo com o parecer favorável do relator, o projeto nunca chegou a ser votado no plenário, por receio de ser rejeitado. (SANTOS, 2016, pp. 203- 204)

Na década seguinte à apresentação do PCR, a então deputada Iara Bernardi (PT/SP) apresentou o Projeto de Lei n. 5.003/2001 (Comissão de Constituição e Justiça, Câmara dos Deputados, novembro de 2005) que criminaliza práticas discriminatórias direcionadas a LGBTQIA+ nos mesmos termos da lei que proíbe a discriminação por raça e gênero (Lei federal n. 7.716/1989). O projeto de lei foi discutido pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados em 2005 e aprovado por unanimidade dos presentes (57 parlamentares). Posteriormente o mesmo foi aprovado por votação simbólica no plenário e remetido ao Senado Federal, onde foi discutido nas Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa e de Assuntos Sociais, mas nunca chegou a ser votado. (SANTOS, 2016, p.204)

Diante disso, observa-se que a postura conservadora do Congresso brasileiro se expressa pelos projetos de lei apresentados ou ao sistemático engavetamento dos textos que tem tema LGBTQIA+. Também é exemplo o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122 de 2007, que objetivava criminalizar a homofobia, reiteradamente rejeitado. Quando,

em 2011, o projeto foi novamente posto para votação, evangélicos apresentaram em Brasília um abaixo-assinado com um milhão de assinaturas em desfavor da proposta. Por fim, em 2014, a última tentativa de encaminhar uma lei anti-homofobia foi através do Projeto de Lei (PL) 7582 (TREVISAN, 2018, p. 460).

Após diversas tentativas de buscar reconhecimento estatal, tendo como resultado inúmeros reveses, visto o claro alinhamento político contrário aos avanços da Comunidade LGBTQIA+, procurou-se então recorrer ao Supremo Tribunal Federal, para tentar, por essa via, a legitimação dos seus direitos fundamentais. No próximo capítulo, será analisado o perfil da atuação do Poder judiciário no período contemporâneo vinculado ao crescente número de questões de grande repercussão social que passaram a ser decididas por este, bem como o movimento proativo de interpretação da Constituição denominado “Ativismo Judicial”.

## **2. Função Jurisdicional na Contemporaneidade**

O filósofo francês Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, escreveu em 1748, *O espírito das leis*, que até hoje é considerado como precursor da teoria da tripartição dos poderes, utilizada por grande parte dos Estados Modernos.

Para Montesquieu, a teoria tripartite é uma condição necessária para o estabelecimento de um estado democrático de Direito, sendo obrigatória uma independência entre o Legislativo, Executivo e o Judiciário e, ao mesmo tempo, um equilíbrio entre eles para poder conter os excessos um do outro. Montesquieu afirma que “a divisão do poder político é crucial para coibir abusos, porquanto só o poder limita o poder”.

Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados e, sobretudo, por cortes constitucionais, elevando a importância política do Poder Judiciário de mera boca que pronuncia as palavras da lei para uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo (SARMENTO, 2009).

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo

canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment* (BARROSO, 2012, p. 23).

Como precursor, temos o exemplo do famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual a Suprema Corte americana consolidou o princípio da supremacia da Constituição, bem como a autoridade do Judiciário para zelar por ela, inclusive invalidando os atos emanados do Executivo e do Legislativo que a contrariem. Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória foi marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção (BARROSO, 2009).

Para Maus (2000), a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das mais marcantes personalidades de juízes que fizeram sua história constitucional, os quais aparecem como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito”.

O conceito de supremacia constitucional, inspirado na experiência norte-americana, disseminou-se por mais de 100 países ao redor do mundo, provocando uma transferência de poder das instituições representativas para os tribunais que passaram a desempenhar um papel mais ativo (HIRSCHL, 2009).

Deste modo, um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário, que se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial (BARROSO, 2013).

Com essas mudanças, verificadas a partir da Constituição de 1988, o Supremo elevou o padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro. (CASTRO, 1997, p.149) Neste contexto, a Corte foi reinventada em diferentes aspectos: na abrangência dos temas

julgados – temas de alta voltagem política e moralmente hipercontroversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim; no tipo de argumentos de decisão – redução progressiva do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores (LARENZ, 1997, p.406) e no alcance das decisões – julgamentos que repercutem sobre todo o sistema político e por toda a sociedade; na própria afirmação da identidade institucional – os ministros passaram a defender como nunca, inclusive fora dos autos, o valor de suas funções e a relevância do Supremo. (ARGUELHES, 2009, p.5)

A partir desta perspectiva, será apresentada em seguida aspectos conceituais da figura do ativismo judicial, bem como uma análise sob o viés argumentativo de Luís Roberto Barroso.

## **2.1. Ativismo judicial**

Os tribunais superiores, por não raras ocasiões, têm enfrentado temas complexos da sociedade, em alguns desses casos a doutrina considera que houve exagero na atividade jurisdicional, que pode ser entendido como uma participação ampla e intensa do Judiciário na efetivação de valores constitucionais.

Nas palavras de Climério (2018), a constituição passa a ser interpretada por todos os participantes da sociedade pluralista em que vivemos, não apenas por doutrinadores de direito. E de acordo com Peter Häberle, na sua obra *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* os intérpretes que estão na Corte Constitucional hão de interpretar a Constituição segundo a atualização pública.

Assim, não só o juiz, o legislador, o administrador público e os órgãos estatais seriam intérpretes da constituição, mas sim todos os cidadãos enquanto participantes de processos judiciais, tendo os mesmos demonstrado interesse em agir de forma ativa contra decisões que desagradam a grande massa, ou que suprimem direitos, temos como exemplo as manifestações contra e a favor ao aborto e legalização da maconha, onde cada decisão em que os membros da Suprema instância judiciária brasileira toma causa uma movimentação nacional, seja apoiando-a ou criticando-a.

Na visão de Teixeira, o termo “ativismo judicial” aparece pela primeira vez nos Estados Unidos no ano de 1947, em um artigo de revista escrito por Arthur Schlesinger, que se referiu ao desempenho dos juízes da Suprema Corte americana para a promoção do bem-estar social. O qual intitulou quatro dos nove ministros de ativistas judiciais, por eles acreditarem que não há separação entre a política e a lei. Por outro lado, intitulou os outros três ministros de “campeões do autocomedimento”, pelo fato de eles entenderem que o Poder Judiciário está limitado a decidir e atuar de acordo com as regras do sistema.

Para José Ribas Vieira (2009 p.40-50), “o ativismo judicial é uma atitude dos magistrados, ele diz que o ativismo judicial é exercitado em contextos de inércia, deliberada ou não, dos demais poderes de Estado”.

Konrad Hesse justifica a postura ativista dos julgadores pela força normativa da Constituição, quando diz que:

A Constituição não se configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

Para Ronald Dworkin (1999, p. 451), o ativismo judicial é negativo, pois:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (DWORKIN 1999, P. 451)

No Brasil, a postura ativista do judiciário demonstra-se em diversas situações. Por exemplo, quanto o STF: a) aplica diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário (como no caso da imposição de fidelidade partidária e no da vedação do nepotismo); b) declara a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição (como nas decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira); c) em 2007, ao julgar a possibilidade de greve do servidor público, no MI 670/ES, o STF disse que pela persistência na inércia do legislador não havia outra saída se não suprir a lacuna normativa com a aplicação por analogia da legislação referente ao direito de greve do setor privado aos servidores públicos, observada os serviços essenciais (CAMPOS, 2014, p. 49).

Luís Roberto Barroso considera essa última decisão: “um exemplo de intervenção representativa do Judiciário diante da omissão do Congresso em regulamentar dispositivo constitucional”. Essa decisão teve eficácia erga omnes, por meio da modulação de efeitos, e permaneceria até a regulamentação da matéria pelo Legislativo. A partir deste ponto, aprofundaremos as ideias de Barroso sobre este método de interpretação constitucional.

## **2.2.O Ativismo sob a perspectiva de Luís Roberto Barroso**

Luís Roberto Barroso<sup>1</sup> é um dos principais constitucionalistas do Direito Brasileiro, sendo considerado um jurista de visões liberais e progressistas, tendo atuação importante em diversos casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, em sua vasta produção acadêmica levanta pontos importantes como: o fenômeno da constitucionalização do Direito (apontando os caminhos percorridos para que a Constituição se transformasse no ponto de partida para se olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito); da judicialização da vida e do ativismo judicial. Por sua

---

<sup>1</sup> Jurista e professor brasileiro, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, e professor de Direito Constitucional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ.

produção acadêmica e atuação como Ministro do Supremo Tribunal Federal, foi utilizado como referencial teórico para a escrita deste capítulo.

Para ele, no Brasil, atualmente, tem-se observado diversas decisões dos tribunais superiores que revelaram uma interferência no poder legislativo, denominando-se de ativismo judicial. São essas hipóteses que distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito (BARROSO, 2013).

Para Luís Roberto Barroso (2018. p. 112.), cabe aos três Poderes procederem à interpretação da Constituição; em caso de divergência entre eles, a palavra final é do Judiciário. Todavia, o Judiciário não é uma instância hegemônica, motivo pelo qual mister se faz evitar que todo o conflito envolvendo a Constituição seja resolvido pelo Judiciário. E ainda completa:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2018. p. 90.).

Tal postura ativista, segundo Barroso (2008), se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não contidas em seu texto; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos; (iii) a matérias relativas a políticas públicas.

Nesse sentido, ele diz que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] a ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades



construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos [...] (BARROSO, 2011, p.89)

Ainda para o autor, três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil (BARROSO, 2012, pp 27-30):

**1. Riscos para a legitimidade democrática-** Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*<sup>2</sup>. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?

**2. Risco de politização da Justiça-** Juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia<sup>3</sup>.

**3. A capacidade institucional do Judiciário e seus limites-** O Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Finaliza o autor, enfatizando que, o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2012 p. 32)

---

<sup>2</sup> Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16

<sup>3</sup> Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004, p. 246.

Diante deste cenário de incertezas quanto aos limites de atuação do judiciário, será analisado, no próximo capítulo, o contexto social referente aos crimes de preconceito, passando pela temática principiológica do direito no sentido de evitar a proteção insuficiente aos bens jurídicos intrínsecos à existência humana e, por fim, será analisado, ainda que brevemente, como a legislação pátria positivou a proteção relativa aos crimes de preconceito.

### **3. Dos Crimes de Preconceito**

O tema tem extrema relevância, uma vez que os crimes contra o preconceito estão entre os de maior aversão no ordenamento jurídico, tendo uma classificação específica na própria Constituição Federal de 1988, tendo como característica a imprescritibilidade e a inafiançabilidade. Não restam dúvidas que estão entre os que mais causam consequências às vítimas e a seus familiares, visto que atenta contra um dos bens jurídicos mais complexos, que é a honra subjetiva, bem como a própria dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, dotados de um grau elevadíssimo de reprovabilidade social.

Preconceito é o termo utilizado, de modo geral, para indicar a existência de percepções negativas por parte de indivíduos e grupos, onde estes expressam, de diferentes maneiras e intensidades, juízos desfavoráveis em face de outros indivíduos e grupos, dado o pertencimento ou a identificação destes a uma categoria tida como inferior. Agregam-se a este conceito, de modo exclusivo, preponderante ou conjugado, conforme o caso, as notas de irracionalidade, autoritarismo, ignorância, pouca disposição à abertura mental e inexistência de contato ou pouca convivência com membros dos grupos inferiorizados (Lacerda, Pereira e Camino, 2002).

Historicamente, o discurso de divisão de raças surgiu em decorrência das rivalidades e disputas por domínio entre grupos. A ideologia de superioridade de uma raça sobre a outra foi utilizada para justificar a exploração entre homens, resultando no surgimento de “hierarquias biológicas” e “psicológicas”. Um dos casos de grande relevância para a história foi o discurso de superioridade da raça ariana, difundido na Alemanha durante o nazismo, que culminou no extermínio de milhares de pessoas, momento conhecido como o holocausto. (SANTOS, 2010)

Com a expansão europeia, e a disseminação do euro centrismo, que vem a ser a tomada do mundo pelo homem europeu, a prática racista ficou cada vez mais evidente, enquanto o homem branco dominava o mundo, os que estivessem fora desse padrão eram destinados a ações de menor importância e aos trabalhos insalubres. O processo de expansão foi justificado em um primeiro momento, sob o pretexto de colonizar os povos pagãos, povos esses que não praticavam o cristianismo, religião oficial de grande parte da Europa. Mas o real motivo sempre foi a exploração de riquezas dos países estrangeiros. (CARNEIRO,1995)

Em meados do século XVI, indígenas, negros, mestiços, já eram considerados como uma raça impura, os quais não poderiam ocupar cargos de honra e nem de confiança, por serem considerados inferiores. Nessa época as ideias de segregação racial eram justificadas pela igreja, pela hereditariedade, e pela divisão social, onde a pirâmide social era inflexível, a perspectiva de mudança e ascensão da minoria não existia. (CARNEIRO,1995).

No período da colonização do Brasil, com a chegada dos negros para trabalharem nos engenhos de cana de açúcar, atividade econômica predominante na época, a justificativa usada para tal prática era a rentabilidade do tráfico negreiro, e também a necessidade de mão de obra, visto que havia uma grande dificuldade em escravizar os nativos que aqui se encontravam. Surgindo assim a ideia de superioridade de uma raça sobre a outra, nesse momento surgiu o racismo com a conotação atual. (CARNEIRO,1995)

Ainda na visão do autor, o Brasil sempre procurou sustentar a imagem de um país cordial, caracterizado pela presença de um povo pacífico, sem preconceito de raça e religião. Sempre interessou ao homem branco a preservação do mito de que o Brasil é um paraíso racial, como forma de absorver as tensões sociais e mascarar os mecanismos de exploração e de subordinação do outro, do diferente.

Também comunga desta opinião Schwarcz:

O Brasil compõe a lista dos países que adotaram a mão de obra escrava dos negros, tendo-o feito durante a maior parte de seu período colonial e pelas primeiras seis décadas posteriores à sua independência, sendo que a abolição da escravatura em 1888 coincide com o período histórico em que ganhavam força as teorias sociais científicas (determinismo biológico, darwinismo social, eugenia), nas quais se buscava legitimar diferenças (de gênero, classe, origem, “raça” etc.) entre as pessoas pela via da “verdade científica”, que

atribuía de forma vinculante traços de caráter e personalidade a características biológicas determinantes (SCHWARCZ, 1993).

Mesmo após a abolição da escravidão com a Lei Áurea em 1888, a sociedade não estava adaptada para oferecer empregos, e incluir os negros em seu meio social. E ainda sim os trabalhos oferecidos, seriam os que não podiam ser feitos pelos brancos, trabalhos esses classificados como árduos e degradantes. (CARNEIRO, 1995)

Na atualidade, apesar de ser um dos países mais miscigenados do mundo, o país configura também como um dos líderes mundiais quando se trata de violência motivada por razões discriminatórias.

Diante desse quadro, observa-se que certos valores e bens jurídicos devem ser primordialmente promovidos e protegidos, devendo-se reconhecer um dever de proteção estatal aos direitos fundamentais. Este dever deve ser pautado, entre outros, pelo princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente.

Em seguida será apresentada a origem e a importância do referido princípio como forma de garantia dos direitos individuais; os mandados de criminalização constitucional como normas obrigatórias de complementação da legislação infraconstitucional; e, por fim, realizar uma análise dos principais pontos elencados na lei que regula os comportamentos de preconceito racial no Brasil. Com isto, busca-se contextualizar a decisão adotada no *case* estudado.

### **3.1. Princípio da Vedação a Proteção Deficiente**

Não é possível considerar, na sociedade contemporânea, um direito penal apartado dos direitos fundamentais (SARLET, 2008, *apud* FELDENS, 2012), pois são os direitos fundamentais que passam a balizar a atividade legislativa, que, no bojo constitucional, deve eleger os bens jurídicos que ensejam tutela penal.

O princípio da proibição de proteção insuficiente (ou de infraproteção) surgiu no Tribunal Constitucional Alemão (1975), muito embora ainda, sem a nomenclatura de proibição de proteção ‘deficiente’, propiciou o debate sobre a relação do princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais (STRECK, M. L.S., 2008, p. 84).

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto (BverfGE 88, 203, 1993). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência (FELDENS, 2012, *apud* ADO/26 Rel. Min. Celso de Mello, p.63).

O referido princípio consiste na aplicação do aspecto positivo do princípio da proporcionalidade, exigindo do Estado atuação para a proteção dos Direitos Fundamentais, mas também “[...] para promoção de direitos a prestações e, especialmente, os direitos fundamentais sociais.” (CALIENDO, 2009, p. 200).

No entendimento de Maria Luiza Schafer Streck (2008, p. 41), há uma nova concepção de bem jurídico-penal ligado aos novos paradigmas constitucionais, e deste modo, surge ao lado dos defensores do garantismo negativo, também aqueles que defendem o garantismo positivo, deste modo, os garantistas ligados ao liberal iluminismo penalístico assentam a postura no princípio da proibição de excesso, enquanto os “garantistas positivos” defendem haver outro aspecto da proporcionalidade, qual seja, o princípio da proibição de proteção insuficiente.

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

No Brasil, o princípio de proibição de infraproteção foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nas seguintes decisões: RE 418.376 <sup>4</sup>, (D. J. 23/03/2007), Rel. Min. Gilmar Mendes; ADIN 3112 <sup>5</sup> (D. J. 16/10/2007), voto do Min. Gilmar Mendes;

---

<sup>4</sup> O STF negou a extinção de punibilidade para autor de crime de estupro praticado contra menor de idade em função de posterior união estável entre ambos.

<sup>5</sup> O STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da lei 10.826/03 que negava a liberdade provisória no caso de posse/porte de arma de uso restrito (art.21), concessão de liberdade mediante fiança no caso de porte ilegal de arma de fogo (art. 14) e disparo de arma de fogo (art.15).

ADIN 3510 <sup>6</sup> (j. 29/05/2008) nos votos dos Min. Celso de Mello e do Min. Gilmar Mendes (FELDENS, 2012, p. 169-170).

Portanto, a fim de garantir a ocorrência do referido princípio, a própria Constituição Federal em seu texto traz a necessidade de complemento de algumas disposições, se traduzindo em mecanismos de obrigatoriedade ao legislador atuar no intuito de invocar o Direito Penal no auxílio dessa proteção, são os chamados Mandados Constitucionais de Criminalização, que serão tratados a seguir.

### **3.2.Mandado de Criminalização Constitucional**

Diante da promulgação da Constituição Federal de 1988 onde a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais foram transformados em valores supremos da ordem jurídica, sendo assim, levados à uma categoria de maior enfoque, como princípios fundamentais, passaram a ter e ser um valor central do direito ocidental que preserva a liberdade individual e a personalidade, portanto, um princípio fundamental é alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não havendo possibilidade de ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar instabilidade no regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto (ROSÁRIO, 2017).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º inciso IV, traz como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como comenta Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, nos mandados de criminalização “a Constituição priva o legislador ordinário da discussão sobre se haverá criminalização; avança muitas vezes a decisão sobre como deverá ser o tratamento penal do assunto”. (GONÇALVES, 2006, p. 105).

Neste sentido, prossegue Fernandes (2011):

A Constituição de 1988, imbuída de grande espírito patriótico e de justiça social, tentou fazer refletir no texto desta Carta Magna todo o repúdio à discriminação, à intolerância, ao preconceito e ao racismo que tingiram nosso passado. Já no preâmbulo faz clara referência “ao repúdio ao preconceito”

---

<sup>6</sup> Autorização de pesquisas com células-tronco embrionárias.

junto ao fôlego que promulgou “sob a proteção de Deus” a Constituição da República Federativa do Brasil.

No art. 3º, ao esboçar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no inciso IV, proíbe o preconceito ou qualquer tipo de discriminação. No art. 4º, ao estipular os princípios que regem as relações internacionais, aponta o repúdio ao racismo, e no seu art. 5º proclama a igualdade perante a lei, vedando a distinção de qualquer natureza. “Garante, ademais, não só aos brasileiros, mas também aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Como reflexo no plano legal, temos a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, visando garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades. Essas medidas refletem uma nova postura do Estado brasileiro com vistas à promoção do direito à igualdade racial.

Sobre o tratamento dado pela Constituição Federal aos crimes de preconceito temos que o professor Gustavo Binimbojm disserta sobre a imprescritibilidade e inafiançabilidade:

O fato de o art. 5º, inciso XLII, da Constituição brasileira qualificar a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível convida, naturalmente, a uma reflexão sobre as noções de raça e racismo adotadas pelas comunidades brasileira e internacional. No ordenamento nacional, não se encontra um critério objetivo e científico que permita a definição de raça. No âmbito internacional, os documentos multilaterais, especialmente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotam conceito amplo de racismo, alcançando qualquer discriminação, exclusão e preferências fulcradas não apenas em características físicas, mas também em origem étnica e traços culturais que distingam determinado grupo humano. Isso se deve descrença numa conceituação científica de raça. Não há critérios científicos seguros que identifiquem algum como pertencente a uma determinada raça. E ainda que houvesse essa mesma noção seria um construído da ciência, não um dado da natureza. (BINENBOJM, 2011)

Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como ‘ultima ratio’, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade. (ADO/26 Rel. Min. Celso de Mello, p.64)

Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, ‘c’ e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da

Alemanha, art. 26, I). É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo ‘catálogo’ de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia. (FELDENS, 2012, *apud* ADO/26 Rel. Min. Celso de Mello, p.63).

Promulgada em 5 de janeiro de 1989, a Lei nº 7.716 prevê não somente os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, mas também resultantes de etnia, procedência nacional e religião, muito embora, os primeiros sejam pontos que mais chamam a atenção da sociedade como um todo. Por conseguinte, serão analisadas quais as hipóteses de crimes de preconceito elencados taxativamente na legislação brasileira, regulados pela lei 7.716/89.

### **3.3. Lei 7.716: Breve Análise**

A dignidade da pessoa humana é um conjunto de valores e princípios que desde o nascimento são inerentes ao ser humano. Com a necessidade da proteção da dignidade humana, não somente os princípios e valores foram o suficiente para impedir que uma série de atrocidades fossem cometidas, mas foi notório que esses acontecimentos fizeram com que vários direitos fundamentais fossem reconhecidos, mas à proteção contra a violação da dignidade da pessoa humana, ainda era algo para tomar uma medida, e foi diante da carência da proteção à dignidade que se fez necessário revisar e reaver uma forma de proteção à dignidade da pessoa humana (FURLAN, 2007).

Nesse sentido a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (UNESCO, 2002), destaca o respeito à diversidade como meio de superação de conflitos:

[...] em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. As políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz. Definido desta maneira, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. (UNESCO, 2002, p. 3)

A existência de traços diferenciadores entre sociedades, que possam ser atribuídos a características físicas, hereditariamente transferidas, reconhecidas como identificadoras de um tipo humano, somadas a características culturais que se



relacionam àquelas características físicas, o que comumente se chama "raça", faz surgir necessariamente uma relação entre a raça e o direito. O direito à igualdade racial provém da existência desse traço diferenciador e dimana da condição igualitária de ser humano. Vivemos em um país onde as diferenças pautam a aquisição, o respeito e o gozo de direitos. Assim, surgiu a necessidade de defender de forma mais incisiva o direito humano à igualdade racial, haja vista o fenômeno do racismo e outros tipos de discriminações raciais, como a intolerância que motiva a perseguição e que cria barreiras ao acesso e à efetivação desses direitos. Com intuito de erradicar toda forma de discriminação e intolerância pautadas em critérios racistas e desumanizadores (FERNANDES, 2011).

Racismo é “Relação entre características raciais e culturais e que algumas raças são, por natureza, superiores a outras. O racismo deforma o sentido científico de raça, utilizando o para caracterizar diferenças religiosas, linguísticas e culturais.” (GOBINEAU, 1855).

É uma maneira de discriminar as pessoas baseada em motivos raciais, cor da pele ou outras características físicas, de tal forma que umas se consideram superiores a outras. Portanto, o racismo tem como finalidade intencional (ou como resultado) a diminuição ou a anulação dos direitos humanos das pessoas discriminadas. Exemplo disto foi o aparecimento do racismo na Europa, no século XIX, para justificar a superioridade da raça branca sobre o resto da humanidade. (PACIEVITCH, 2012)

Não é possível conceituar racismo, sem mencionar um dos maiores genocídios da história de cunho racista. O nazismo surgiu da necessidade de demonstrar a supremacia do homem branco sobre os demais povos, também era justificado pela ideia de purificar o povo alemão, criando um novo conceito de sociedade. Sociedade essa que era vetada aos judeus, negros, deficientes, de maneira radical pregava que esses grupos deveriam ser erradicados, e eram denominados impuros. (CARVALHO, 2006.)

No Brasil, este tema é regulado atualmente pela Lei 7.716/89 e na visão de Carneiro, discriminação racial é “Tratamento desfavorável dado a uma pessoa ou grupo com base em características raciais ou étnicas. No mesmo sentido, temos a visão de Pacievitch:

Conceito que normalmente é confundido com racismo (e que o abarca), mas se trata de conceitos que não necessariamente coincidem. Enquanto o

racismo é uma ideologia baseada na superioridade de uma raça ou etnia sobre outra, a discriminação racial é um ato que, embora esteja fundado em uma ideologia racista, não sempre o está. Ou seja, é preciso deixar claro que a discriminação racial positiva (quando as discriminações têm como objetivo garantir a igualdade das pessoas afetadas) constitui uma maneira de discriminação cujo objetivo é combater o racismo. (PACIEVITCH, 2012).

No tocante as condutas que são consideradas para fins de discriminação, temos que são consideradas como condutas discriminatórias, as praticadas em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, de acordo com a Lei 7.716/89 em redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97 e atualmente em vigência:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Para Ronaldo Pereira Muniz, a Lei nº 7.716 faz alusão à cor referindo-se a pigmentação epidérmica dos seres humanos. Já a etnia por seu turno faz referência ao grupo biológico e culturalmente homogêneo. Normalmente a nacionalidade não se confunde com a etnia, a etnia nada mais é do que algum laço que une determinada comunidade, podendo ser a língua, identidade biológica, cultural ou de costumes.

Quanto à procedência nacional, tanto Luiz Carlos dos Santos Gonçalves como Guilherme de Souza Nucci (2000) defendem que esta procedência nacional, mais do que a procedência de pessoas de outros países protegem efetivamente pessoas de procedência de outras regiões do país.

Para as ciências biológicas o conceito de raça está ligado ao fenótipo de cada indivíduo, e como tais características evoluíram ao longo das gerações passadas, e a semelhança existente entre elas. (NASCIMENTO, 2003).

Portanto, raça é conceito pertinente “aos campos da antropologia física ou da biologia que, para tanto, valem-se da análise de inúmeros elementos físicos coincidentes entre os indivíduos” (SANTOS, 2001, p. 44).

No que se trata de religião, a definição mais aceita pelos estudiosos, para efeitos de organização e análise, tem sido a seguinte: religião é um sistema comum de crenças e práticas relativas a seres sobre humanos dentro de universos históricos e culturais específicos (SILVA, 2004).

Parte da doutrina pátria entende que outras condutas também deveriam ser tipificadas, tais como relativas a homofobia e discriminação por faixa etária. Fato é que a legislação prevê apenas as modalidades acima mencionadas, não sendo possível uma interpretação que seja desfavorável ao réu e que possa ferir a base principiológica do Direito Penal, de modo que, somente o legislador tem o poder constitucional de alterar esse rol taxativo.

Por se tratar de condutas previstas como crime, deve-se observar um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito: o Princípio da Legalidade Penal, logo, a lei penal deve ser prévia, certa, escrita e estrita, razão pela qual não se admite analogia *in malam partem*, tampouco a criação judicial de tipos penais ou a extensão de um rol de delitos imprescritíveis. Só o legislador pode fazer isso. (STRECK, 2015).

Dito isso, observamos o contexto social desfavorável como fator preponderante que levou os movimentos LGBTQIA+ a buscar a efetivação das suas demandas para apreciação do Supremo Tribunal Federal.

O capítulo a seguir propõe demonstrar os argumentos da decisão do Tribunal por meio do voto do relator, o Ministro Celso de Mello.

#### **4. O Voto do Ministro Celso de Mello na ADO/26 e MI/4.733**

No ano de 2012 foram impetrados pelo PPS (Partido Popular Socialista) a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, e pela ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos) o Mandado de Injunção nº 4.733 com o objetivo de obter a criminalização da homotransfobia, por considerar ter havido mora e omissão legislativa diante do mandamento constitucional para criminalizar agressões e discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero. Diante dessas demandas, o presente capítulo destrinchará os principais argumentos invocados pelo Tribunal Superior e posteriormente realizará uma análise crítica destes para se chegar a um entendimento sobre o resultado obtido ao final das discussões.

#### **4.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão /26**

O Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), na qual pediu que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia.

A ação foi proposta a fim de que seja imposto ao Poder Legislativo o dever de elaborar legislação criminal que puna a homofobia e a transfobia como espécies do gênero “racismo”.

A criminalização específica, conforme o partido, decorre da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo - crime previsto no art. 5º, XLII da Constituição Federal - ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda, também subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV).

De acordo com o partido, o Congresso Nacional tem se recusado a votar o projeto de lei que visa efetivar tal criminalização.

#### **4.2. Mandado de Injunção/4.733**

Foi ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), com o objetivo de “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”.

A entidade autora sustenta que a CF permite a impetração de mandado de injunção visando a criminalização específica de condutas quando esta situação se configure necessária para o exercício das prerrogativas inerentes à cidadania das vítimas em questão. Alega que existe ordem constitucional de legislar criminalmente que obriga o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo e que, por isso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais ofensas.

No resultado do julgamento das ações, após diversas sessões, o voto do Ministro Relator Celso de Mello foi acompanhado pelos votos dos ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, sendo que foram votos vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Aurélio Aurélio e Dias Toffoli.

### **4.3. Análise Crítica do Voto do Ministro Relator**

A seguir temos a disposição alguns dos principais argumentos dispostos no voto do relator, o Ministro Celso de Mello. Com base neste aporte argumentativo será feita uma análise crítica da decisão, para que se possa compreender até que ponto pode ser justificado, a partir do ordenamento jurídico, a criminalização via judiciário das condutas homotransfóbicas. De acordo com Bardin (1997, p. 141), esse tipo de análise deve ser utilizado nas fases de lançamento das hipóteses, já que permite sugerir possíveis relações entre um índice da mensagem e uma ou diversas variáveis do locutor.

#### **4.3.1. Princípio da Legalidade Penal**

Dentre os argumentos citados pelo ministro Relator Celso de Mello, ganhou destaque o argumento que o exercício de interpretação que considera como racista uma conduta homofóbica não significa legislar, sendo este um dos pontos mais polêmicos e que mais foi criticado pela comunidade jurídica, pois, de fato, principalmente em matéria penal, fere todo um arcabouço principiológico, inclusive consagrado como um dos 10 axiomas de Luigi Ferrajoli, “– *nullum crimen sine lege* – o princípio da anterioridade e da legalidade penal, sendo, portanto, uma função do Legislativo (e não do Judiciário) reparar esse equívoco legal.

O princípio da reserva legal é corolário de toda a construção da principiologia penal, estando positivado tanto em nossa Carta Constitucional, quanto em nosso Código Penal. Ademais, o pensamento da doutrina especializada alinha-se neste sentido, exemplificada por Luiz Flávio Gomes, “no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal

incriminador) e a anterioridade (*lex populi e lex praevia*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida” (GOMES, 2008 p. 122)

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento. (J. J. GOMES CANOTILHO, 1998, p. 636)

O Min. Ricardo Lewandowski tem um ponto de vista semelhante ao autor, muito embora nesta ação tenha sido voto vencido:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (...) A Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada conduta. (...) A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos. (Min. Ricardo Lewandowski ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello p.17)

A origem do princípio é antiga, remonta ao procedimento acusatório, que vigorou no final da República romana, quando a lei passou a definir o tribunal, o crime e o procedimento. Serviu de inspiração também para o artigo 39 da *Magna Charta Libertatum* na Inglaterra em 1215, pois afirmava que restrições de direito da pessoa só poderia ocorrer com base em julgamento regular e em harmonia com a lei. Ademais, no século XIX, Anselm Fuebarch, importante jurista para o moderno Direito Penal alemão, na esteira desse processo histórico de consolidação do princípio da legalidade, elege a regra da taxatividade da lei penal na famigerada expressão em latim *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Portanto, somente leis penais que respeitem o procedimento constitucional para sua elaboração podem ser aplicadas no caso. (DELMANTO 2016, p.

42).

Ferrajoli (2010, p.348) divide o princípio da legalidade sob duas óticas, quais sejam: princípio da legalidade ampla e princípio da legalidade estrita:

“O princípio da legalidade ampla, como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal” E o princípio da estrita legalidade “como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados”.

Não há que se falar do princípio da legalidade sem mencionar o corolário da anterioridade penal - *nullum crimen sine praevia lege poenali* - não podendo reger condutas humanas criminosas em data anterior a sua vigência e validade. Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa não se consideram mais necessários – determina que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultrativa em relação a mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova. (FERRAJOLI 2010 p. 351)

Em que pese a decisão do STF no referido caso tenha como objetivo a remediação de um problema social que necessite urgentemente de uma resposta institucional, entendemos que esta não se deu pela via adequada, de modo que, no caso em tela houve sim um ato de legislar, ainda que implícito, por parte do Poder Judiciário, fato que é estranho e inconcebível na atual esfera Constitucional. A inclusão da orientação sexual como motivo de discriminação ou preconceito deve partir de projeto de lei apresentado por uma das casas do Congresso Nacional, pois somente assim o princípio da reserva legal será obedecido, ou seja: reserva de parlamento. (ROMANO, 2019)

No teor do seu próprio voto, o ministro relator reconhece como sendo válida essa máxima:

Daí a precisa observação feita por LUIZ FLÁVIO GOMES e por VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Comentários à Convenção Americana sobre

Direitos Humanos”, vol. 4/122, 2008, RT) no sentido de que, “no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (‘lex populi’ e ‘lex praevia’, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida.

(...)

Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, pp. 28-29)

Apesar de reconhecer que a lei estrita é a única capaz de legitimar a proteção adequada, entende que no Brasil não há meios suficientes para a garantia desses direitos, vide uma profunda omissão dos órgãos Estatais incumbidos, tema que será tratado a seguir.

#### 4.3.2. Estado de Inconstitucional Omissão Normativa

Para o ministro é clara a omissão dos órgãos estatais:

Tenho para mim, presente esse contexto, que a análise desta demanda constitucional impõe que se considere o relevantíssimo problema suscitado pela omissão do Estado, decorrente da inércia de suas instituições (do Poder Legislativo da União, na espécie), quanto à efetivação das imposições legiferantes fundadas em cláusulas constitucionais mandatórias. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.43)

(...)

Não tem sentido que a inércia dos órgãos estatais, evidenciadora de comportamento manifestamente inconstitucional, possa ser tolerada. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p. 50)

Sabe-se que não há norma jurídico-penal que criminalize de forma específica as agressões e atentados contra a população LGBTQIA+. A ausência de norma criminalizadora especial, ou, pelo menos, o fato de que nossa legislação não prevê



qualquer agravante ou qualificadora quando um crime é praticado por razão homofóbica ou transfóbica, coloca em estado omissivo os Poderes Públicos que têm a missão de efetivar a própria Constituição. (SILVA, 2015, p.198-199) Também, no mesmo sentido, Carlos Blanco de Moraes alude que “existe inconstitucionalidade por omissão quando um órgão público se abstém de editar um acto, cuja prática é exigida pela Constituição, pelo que a inércia do decisor viola um dever constitucional de agir” (MORAIS, 2006, p. 136).

Para Márcio André Lopes Cavalcante<sup>7</sup>, há uma imposição constitucional de legislar e um estado de mora do legislador, mora essa que já superou, de forma excessiva, qualquer prazo razoável, considerando que a Constituição Federal foi editada em 1988. Trata-se, portanto, de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa.

Ainda para o autor, devido à ausência de adequada proteção estatal, especialmente em razão da controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, os integrantes da comunidade LGBTQIA+ acham-se expostos a ações de caráter segregacionista, com caráter homofóbico, que têm por objetivo limitar ou suprimir prerrogativas essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, entre outros. Tais práticas culminam no tratamento dessas pessoas como indivíduos destituídos de respeito e consideração, degradados ao nível de quem não tem sequer direito a ter direitos, por lhes ser negado, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência.

Com relação a isto entendemos que não pairam divergências, entretanto, deve-se utilizar um método adequado que atenda a legalidade formal do ato para que este combate possa se dar nos moldes que o ordenamento jurídico exige.

Após o reconhecimento que há uma mora imputável ao Congresso Nacional, o Min. Celso de Mello afirmou que haveria duas possibilidades de o STF agir diante disso:

- a) apenas cientificar o Congresso Nacional para que ele adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (art. 103, § 2º, c/c art. 12-H da Lei nº 9.868/99); ou

---

<sup>7</sup> Juiz Federal, TRF 1ª Região. disponível em: **Dizer o direito**  
<<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>

b) reconhecer, imediatamente, que a homofobia e a transfobia enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89 em ordem a que se tenham como tipificados, **na condição de delitos** previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e fundamentais do grupo vulnerável LGBT. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.65)

Para o ele, o mero apelo ao legislador não tem se mostrado uma solução eficaz, em razão da indiferença do Poder Legislativo, que, em determinadas decisões anteriormente emanadas do STF, tem persistido em permanecer em estado de inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover. Diante disso, o STF, ao longo dos últimos trinta anos, evoluiu no plano jurisprudencial em busca da construção de soluções que pudessem fazer cessar esse estado de inconstitucional omissão normativa.

De fato, são inúmeros os exemplos em que o Congresso Nacional tem uma produção legislativa muito aquém dos anseios da sociedade, como exemplificadas pelo próprio ministro no teor do seu voto, além do fato de que a mera ciência do Judiciário a este não tem sido eficaz. Neste ponto concordamos com o relator, entretanto este argumento não pode servir para uma atuação arbitrária do judiciário, conferindo poderes além dos quais a própria Constituição lhe conferiu no exercício do poder Constituinte Originário. Este também foi o entendimento do Min. Dias Toffoli (voto vencido).

Para Martins (2016), não se pode confundir o papel de guardião da Constituição para adquirir uma influência política:

Tenho, reiteradamente, declarado admiração aos 11 ministros da suprema corte, mas nem por isso, muito mais velho que eles, sinto-me confortável em vê-los, poder técnico que são, transformarem-se em poder político.

Creio que esse protagonismo crescente resulta em insegurança jurídica e, ao invés de ser, como era no passado, uma corte que garantia a estabilidade das instituições, por mais que sua intenção seja essa, termina por trazer um nível de instabilidade maior, visto que contra a lei inconstitucional pode-se recorrer ao Judiciário, mas contra a invasão de competências não há a quem recorrer.

Ainda para o autor, valeria a pena a reflexão, não só por parte dos eminentes juristas que compõem a máxima instância mas também de professores, doutrinadores e operadores de direito, sobre se o momento não é de retornar-se a efetiva autonomia e

independência dos Poderes, nenhum deles invadindo seara alheia, valorizando-se, assim, o artigo segundo da Lei Suprema. “Para mim, o Supremo não é um "legislador constituinte", mas, pelo artigo 102, exclusivamente um guardião da Carta da República”. (MARTINS, 2016)

Em outro argumento citado pelo relator, o Tribunal Superior ao promover o suprimimento dessa inércia visa garantir o direito das minorias e respeitar os mandados da Constituição:

Em contexto como o que resulta destes autos, a colmatação de omissões inconstitucionais nada mais revela senão um gesto de respeito que esta Alta Corte manifesta pela autoridade suprema da Constituição da República. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.51)

(...)

Desse modo, e ante a irrecusável supremacia da Carta Política, revela-se essencial impedir o desprestígio da própria Constituição, seja por ação, seja por omissão dos órgãos, instituições e autoridades da República. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p. 55)

E por fim salienta o Ministro que a atividade interpretativa da Constituição não significa legislar:

É preciso advertir, bem por isso, que o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição, ao contrário do que sustentam, nos presentes autos, os Senhores Presidentes da República e do Congresso Nacional e a Senhora Advogada-Geral da União, não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p. 93)

Os membros da Corte justificam suas ações ao equiparar as funções brasileiras com da Corte Constitucional Alemã, no entanto, as atribuições, poderes e estrutura são diferentes e não se aplica tal comparação, claro está que a seara do legislador é invadida indevidamente. (GONÇALVES, 2020)

#### 4.3.3. Da Analogia e da Interpretação Conforme

Para o Ministro, a aplicação da Lei nº 7.716/89 às condutas homofóbicas e transfóbicas, não é aplicação analógica. Para ele, houve apenas interpretação conforme a Constituição.

Importante salientar que o Ministro não se propôs a realizar uma comparação entre os instrumentos integrativos acima mencionados, foram situados juntos neste trabalho para facilitar didaticamente a compreensão da linha argumentativa. As especificidades e nuances de ambos serão esmiuçados em seguida.

#### 4.3.3.1. Analogia

Esses são os dizeres do Relator sobre a utilização da analogia:

O entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia “in malam partem” em matéria penal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto (item n. 12.2), valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa – RHC 95.782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, v.g.). (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p. 94-95)

A analogia para Miguel Reale é a atividade intelectual utilizada para a constatação de lacunas e, ao mesmo tempo, é instrumento integrador (autointegração), destinado a encontrar a solução jurídica de seu preenchimento, mediante a obediência da ordem lógica substancial ou da razão intrínseca do sistema jurídico. (REALE, 1991, p.292)

Entende-se por analogia, *grosso modo*, a semelhança existente entre duas coisas ou a similitude de alguns caracteres ou funções com outros, enquanto atribuição dos mesmos predicados a diversos objetos, como expressão de correspondência, semelhança ou correlação estabelecidas entre eles. (FERRATER MORA, 2000, p. 129-132)

Segundo Joaquim Freitas da Rocha (2008, p. 341-342.), o raciocínio analógico pode caracterizar uma norma geral inclusiva, que regula, de forma idêntica, os fatos não regulados nas normas particulares inclusivas, mas semelhantes a este, e que, portanto, configuraria zona intermediária entre o regulado e o não regulado, e cujas consequências jurídicas derivadas de sua aceitação são relevantes, pois se face a uma lacuna se aplica a norma geral excludente, o caso resolve-se de modo oposto ao regulado (argumento *a contráριο*); se se aplica a norma geral inclusiva, o caso resolve-se de modo idêntico ao regulado (argumento *a simili*). (BOBBIO, 2005, p. 223-225.)

A proibição da analogia é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de formas elásticas ou carentes de denotação determinada permita a chamada “analogia antecipada” (FERRAJOLI 2010 p. 35).

Para Delmanto, há conexão entre a reserva legal e a analogia *in bonam partem*, sendo esta componente da fundamentação garantista do sistema penal. Somente se admite a analogia que favoreça a liberdade do cidadão, contrariamente da analogia *in malam partem*, que configura um prejuízo ao réu (DELMANTO, 2016 p.44).

Diante do exposto fica evidente que a utilização da analogia como técnica de integração não deve ser utilizada em hipóteses em que exista a possibilidade de agravamento da lei penal. Ainda que seja urgente a remediação da violência sofrida por motivos de orientação sexual e identidade de gênero, a via constitucional adequada é, de acordo com a própria CF, a tipificação penal mediante lei penal no sentido estrito, e não a hermenêutica utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

#### 4.3.3.2. Interpretação Conforme

Em relação ao tema suscitado pelo ministro sobre a utilização da Interpretação Conforme como técnica hermenêutica, temos nas exatas palavras do Min. Celso de Mello:

A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça” permite reconhecer como plenamente adequado o emprego, na presente hipótese, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição. (RTJ 126/48, Rel. Min. MOREIRA ALVES *apud* ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.93)

Seu significado, nas palavras de Lenio Luiz Streck, é: “Entendo que, alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma

Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela.” (STRECK, 2002. p. 443)

Já Konrad Hesse (2009. p. 118) afirma ser um princípio segundo o qual “uma lei não pode ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição.” Virgílio Afonso da Silva (2006 p.192) salienta que “quando se fala em interpretação conforme a constituição, quer-se com isso dizer que, quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição”.

Jurisprudencialmente, o Ministro Moreira Alves<sup>8</sup>, afirmando no sentido de ser técnica decisória, concluiu que: “O princípio da interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.” Nesse mesmo sentido, em voto do Ministro Sepúlveda Pertence<sup>9</sup> a interpretação conforme foi definida como “técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição.”

A utilização da interpretação conforme, como instrumento hermenêutico para assecuração dos direitos fundamentais é louvável, desde que utilizada com moderação e observando o princípio da proporcionalidade. No caso em tela, nos parece não proporcional nem razoável realizar uma interpretação que permite uma criminalização de condutas não expressamente previstas em lei estrita, ainda mais se tratando de matéria penal. Portanto, essa técnica, embora tenha como plano de fundo a resolução de uma questão de urgência e relevância, claramente enfraquece as bases de um dos princípios basilares do atual Estado Democrático de Direito, golpeando a segurança jurídica que o direito positivado propõe.

#### 4.3.4. Homotransfobia como forma contemporânea de Racismo

A configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo objetiva preservar a incolumidade dos direitos da

---

<sup>8</sup> STF – Rp 1417/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 09/12/1987 – DJ: 15/04/1988.

<sup>9</sup> STF – ADI 3046/SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 15/04/2004 – DJ: 28/05/2004.

personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana. Assim se manifestou o Ministro no teor de seu voto:

Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV). – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.90)

Salienta-se que o Min. Celso de Mello já havia se manifestado de maneira semelhante quando no caso da PLS 122/2006 (projeto Iara Bernardi), que versava sobre o enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89:

A noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológico ou biológico, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social”. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.70)

Um outro exemplo disso foi o julgamento do “caso Ellwanger” (HC 82424), em setembro de 2003, quando o STF manteve a condenação imposta ao escritor gaúcho Siegfried Ellwanger por crime de racismo contra os judeus. Naquela ocasião, o STF afastou a alegação da defesa de que os “judeus” não seriam uma “raça”. Pode-se dizer, portanto, que o STF adotou uma espécie de conceito “social” de raça.

Sobre o tema citado não restam dúvidas que o Estado tem como dever precípua atuar na defesa contra qualquer comportamento que possa gerar desrespeito à alteridade, especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios, mas que diante da atual conjuntura é inaceitável a ampliação do enquadramento do

conceito de racismo como forma de mitigar as agressões a diversos grupos historicamente marginalizados.

Inicialmente, identifica-se a cronicidade da incorporação do “mito do herói” na sociedade brasileira, que tende a apontar uma espécie de único salvador que representará a conquista de todos os direitos fundamentais no desenvolvimento da democracia (CARVALHO, 2002 *apud* PINHO, 2019 p.55).

Atrelado a esse fator, tem-se o fortalecimento do descrédito aos participantes do Poder Legislativo e inclinação para a criminalização da política, com base no atual cenário de frequentes escândalos de corrupção e inúmeros processos e investigações que envolvem agentes públicos e políticos, que são notoriamente conhecidos. Desta feita, o STF termina por simbolizar a instância viável e legítima de assunção de diversas pautas reivindicadas pela população, representando o fórum soberano de discussão, inclusive, de temas que originalmente deveriam ter sido apreciados pelos congressistas, como é o caso da criminalização da homofobia e transfobia. Com tantas crises instaladas na política brasileira, o STF encontra também apoio e atenção social quanto à valorização de sua atuação (PINHO, 2019 p.55).

O autor também acredita que, no caso, se verifica a problemática relativa à performance ativista do STF em prol da satisfação urgente de um reclamo, muitas vezes, de caráter social, apresentando uma resposta proveniente de sua atividade criativa, agindo como uma espécie de “Poder Moderador” do debate público.

Nessas circunstâncias, infere-se que a confrontação entre Poderes Legislativo e Judiciário resta mais intensa, reconhecendo-se novamente a relação difícil entre Política e Direito (NEVES, 2013 *apud* PINHO, 2019 p.56) e suas respectivas funções, principalmente diante da abrangência material das normas constitucionais, que as aproxima e as tenciona. Considerando, pois, o avanço do descrédito da população brasileira para com os parlamentares, o STF é visto como via possível de resolução das maiores inquietações sociais, pendendo-se, de certa forma, a interferir diretamente nas funções dos legisladores. Contudo, é preciso avaliar que essa situação pode ter um efeito reverso à imagem da Corte Suprema, haja vista os recentes posicionamentos controversos e a instabilidade dos procedimentos adotados por referido Tribunal. Dessa forma, arrisca-se a afirmar que o STF tem sido alvo de grandes questionamentos, perdendo um pouco de seu reconhecimento técnico, especialmente em meio aos estudiosos do Direito.



Conrado Hübner Mendes (2018, online) entende que o STF, numa visão pragmática, “agride a democracia”. Em texto dissertativo publicado na Folha de São Paulo, em 28 de janeiro de 2018, com atualização em 02 de março do mesmo ano, o autor argui que o Tribunal em questão assumiu uma posição de “Poder Tensionador”, deixando de ser até mesmo o Poder Moderador que já havia incorporado em sua atividade. Em consequência, o STF passa a disseminar incertezas e incita mais os conflitos, uma vez que os ministros atuam de maneira insegura quanto aos seus próprios entendimentos e não apresentam ritos e procedimentos estáveis, que possam orientar os jurisdicionados. No mesmo artigo, Mendes questiona até mesmo a isenção dos ministros, o excesso de poder sobre os ritos, a paralização específica do andamento de alguns processos, argumentando que o STF “abdica do (seu) papel constitucional e ataca a democracia”.

Além disso, o autor em tela defende que o STF faz parte da própria crise existente no Brasil, não sendo mais um “aplicador equidistante” das normas jurídicas, fazendo parte do próprio jogo político, com seus próprios interesses, adversários e parceiros, não havendo segurança efetiva de como, quando ou porquê irá decidir. Nessa perspectiva, o STF seguiria uma agenda não apenas jurídico-constitucional, mas também política, de modo que sua forma de interpretar o Direito resultaria numa verdadeira substituição do texto constitucional por uma decisão do STF, usurpando-se uma função que é essencialmente política e, até mesmo, agindo como uma espécie de poder constituinte autônomo (PINHO, 2019 p.57).

Por fim, dentro desse contexto de incertezas quantos aos posicionamentos dos ministros do STF, verifica-se a problemática da abusividade da aplicação dos princípios normativos, em detrimento de regras jurídicas claramente existentes no ordenamento jurídico (NEVES, 2013 *apud* PINHO, 2019 p.57). Há, portanto, uma potencialidade quanto à violação do princípio da separação de poderes no momento em o STF age como uma espécie de “fórum de princípios” (DWORKIN, 2019 *apud* PINHO, 2019 p.57) e recepciona todos os clamores sociais, para fins de criação de novas normas cogentes. Na atualidade, a população se sente mais capaz de participar diretamente de decisões importantes do país, haja vista a utilização de meios tecnológicos de comunicação que supostamente têm a função de encurtar essa relação, passando a exigir, assim, respostas rápidas do Poder Público. Contudo, deve-se alertar sobre a rasa educação quanto à relevância e seriedade no manuseio desses novos instrumentos de interlocução, sob pena de o diálogo democrático ser prejudicado (BAUMAN,

DONSKIS, 2014 *apud* PINHO, 2019 p.57), tendo em vista a deflagração de notícias falsas e certo não comprometimento com a verdade.

## 5. Considerações Finais

As mudanças que ocorreram no constitucionalismo a partir do século XX, deram ao judiciário uma posição de destaque no cenário atual em diversas partes do mundo, inclusive no Brasil.

O ativismo judicial desde que utilizado em casos excepcionais e que venham a assegurar direitos fundamentais constitucionalmente consagrados se mostra como uma ferramenta bastante interessante na atual sistemática pós-moderna. Entretanto, quando não se tem a moderação necessária na sua utilização, pode se tornar nociva à democracia, servindo de pretexto para decisões questionáveis de magistrados que contenham interesses outros que não a ampla e irrestrita busca pela justiça.

Há que se ter cuidado também na questão da hipertrofia do Poder Judiciário em relação aos outros poderes, causando uma ameaça direta a Tripartição dos Poderes, sob o pretexto de uma omissão deliberada destes, que por muitas vezes causam sérios prejuízos para a dinâmica democrática. No intuito de se colocar como uma tábua de salvação para resolução dos problemas sociais que ainda carecem de solução, o STF como instituição, corre sério risco de cair em descrédito e de ter sua parcialidade e tecnicidade questionadas perante a sociedade, com decisões que por vezes causam mais insegurança jurídica num contexto já reconhecidamente politizado.

Na seara penal esse tema se torna ainda mais delicado visto que o princípio da legalidade manifesta-se pela locução *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, prevista no artigo 1º, do Código Penal (CP), cujo texto-normativo é no sentido de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal. Deste modo, uma intervenção por uma via que não seja a legal, que claramente traz uma penalidade penal, ainda que com o viés de garantia de um direito constitucional, não pode ser admitida no atual Estado Democrático de Direito, por violar o seu núcleo principiológico intangível.

Por fim, é inegável que o Supremo Tribunal Federal, com guardião da Constituição, tem o dever de proteger a democracia e assegurar os direitos e garantias

nelas contidas, função que deve cumprir fielmente, mas para isso tem que se ater a sua esfera, respeitando os limites aplicados pelo sistema de freios e contrapesos sustentado por Montesquieu, não se desviando da sua função precípua.

## **6. Referências Bibliográficas**

**Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26** (Proc.9996923-64.2013.1.00.0000). Supremo Tribunal Federal. Tribunal. Pleno. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional. Relator: Min.: Celso de Mello. **20/02/2019**

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil**. Revista de Direito Administrativo Vol. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, p. 5.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 141.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, ISSN 22363475, jan./jun. 2012. p. 11.

\_\_\_\_\_. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2183.

\_\_\_\_\_. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. p.7.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 112.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** 2008. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BINENBOJM, Gustavo. **O Racismo e a Leitura Moral da Constituição.** Disponível em: <<http://www.leieordem.com.br/o-racismo-e-a-leitura-moral-da-constituicao.html>> Acesso em: 20 de nov. de 2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho.* Trad. Jorge Guerrero R.. 2a ed. Bogotá: Temis, 2005.

BORRILLO, Daniel. *L'homophobie.* Paris : Presses Universitaires de France, 2000.

BORTOLETTO, G. E **LGBTQIA+: identidade e alteridade na comunidade.** Universidade De São Paulo Escola De Comunicações E Artes, São Paulo 2019 p. 10- 11

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Uma visão Crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CAMAROTTI, R. **A trajetória do Movimento LGBT: a luta por reconhecimento e cidadania no contexto brasileiro e baiano.** 2009, 154 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação do departamento de ciências sociais da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARNEIRO, Maria Luiza. **O racismo na história do Brasil.** 2º ed. São Paulo: Ática, 1995.

CARVALHO, Nathan Castelo Branco; **Esclarecimentos sobre Injúria Racial e Racismo.** Manual de Direitos do Cidadão, 2006.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** *Revista Brasileira de Ciências Sociais* Vol. 12 (n. 34), São Paulo, 1997, p. 149.

CAVALCANTE, M. A. L. **Dizer o direito** - Disponível em <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>> Acesso às 14h 47m. Data: 02/02/2020;

COSTA, Jurandir Freire. **A inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

- DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2013.
- FACCHINI, Regina. **Sopa de Letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos 1990**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- FACCHINI, Regina; Lins França, Isadora **De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro** Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana, núm. 3, 2009, p.75
- FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERNANDES, Dauney Oliveira. **Direito humano à igualdade racial**. 2019. Disponível em: <https://www.lex.com.br/doutrina/27550329-DIREITO-HUMANO-A-IGUALDADE-RACIAL.aspx>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 351.
- FERRATER MORA, José. Dicionário de Filosofia. Trad. Maria Stela Gonçalves; et alli. 2a ed. São Paulo: Loyola, 2000, p. 129-132
- FURLAN, Alessandra Cristina. ; Rita de Cássia Tarifa ; Adriane Kochenborger Menezes Corrêa ; Larissa Valente Azzolini ; Mayara Silva Bispo . **Dignidade da pessoa humana**. p. 73-80. Londrina: UNOPAR Científica, 2007.
- GOBINEAU, Arthur. **Essai sur l'inégalité des races humaines**. In: GOBINEAU, A. de. OEuvres: tome I. Paris: Gallimard, 1983 a.
- GOMES, L. F. MAZZUOLI ,V. O. “**Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**”, vol. 4/122, 2008, RT
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Tese de Doutorado, 2006, PUC/SP, São Paulo.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Tese de Doutorado, 2006, PUC/SP, São Paulo.

GREEN, James Naylor; POLITO, R. **Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980)**, Rio de Janeiro, José Olympio, 2006.

GREEN, James Naylor. **A luta pela igualdade: desejos, homossexualidade e a esquerda na América Latina**. Cadernos AEL. Campinas, v. 10, n. 18-19, 2003, pp. 17-39.

\_\_\_\_\_. **Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX**. São Paulo, Editora UNESP, 2000.

HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição\*** – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. *Direito Público*, [S.l.], v. 4, n. 18, p. 67, jan. 2010. LOURO, Guacira Lopes. **Teoria queer- uma política pós-indentária para a educação**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991. Acesso: 22/01/2020

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 118.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 251, p.139-178, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>.

J. J. GOMES CANOTILHO, “**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 636, item n. 4, 1998, Almedina.

LACERDA, Paula. O drama encenado: assassinatos de gays e travestis na imprensa carioca. 2006. 116 f. Dissertação (Mestrado) – *Curso de Pós-graduação em Saúde Coletiva, Departamento de Instituto de Medicina Social*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406 e seq.

MACRAE, Edward. 1990. **A construção da igualdade: identidade sexual e política no Brasil da Abertura**. Campinas: Editora da Unicamp.

MARTINS, I. G. S. **STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição**. *Revista Consultor Jurídico*, 12 de julho de 2016. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente>.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 185. Disponível em: <[http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627\\_judiciario\\_como\\_superego.pdf](http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf)>. Acesso em 29/01/2020

MELUCCI, A. **Um objetivo para os movimentos sociais?** Lua Nova no.17 São Paulo jun. 1989

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agriem a democracia, escreve professor da USP**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-deautodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 03 fev. 2021.

MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. Tradução de Edson Bini. Bauru:Edipro.2004

MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade**. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MOTT, Luiz Roberto. **Epidemic of Hate: Violations of the Human Rights of Gay Men, Lesbians and Transvestites in Brazil**. San Francisco: Grupo Gay da Bahia; *International Gay and Lesbian Human Rights Commission*, 1996.

MUNIZ, R. P. **Crimes Decorrentes de Preconceito - Lei Nº 7.716/89 Análise dos Princípios e dos Mandados De Criminalização**. Revista Intertemas - Toledo

NASCIMENTO, Elisa Larkin. **O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil**. São Paulo: Summus, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.2.

\_\_\_\_\_. **G. S. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT

PACIEVITCH, Thaís. **Educação básica de qualidade social: direitos humanos nas políticas e práticas no contexto das escolas públicas**, 2012.

PINHO, Samara. Oliveira. **Aspectos do contexto fático-jurídico do debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia: análise qualitativa e quantitativa da omissão legislativa em face do apelo (social) ao STF**. Revista digital constituição e garantia de direitos vol. 12, nº 1. pp.55-57

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 19a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, p. 292.

ROCHA, Joaquim Freitas da. **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos. Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008

RODRIGUES, Alexsandro; ROCON, Pablo Cardozo; PEDRINI, Mateus Dias **Racismo/Sexismo E O Extermínio Da População Lgbt: O Que Os Discursos Pastorais/Políticos E Cristãos E Das Escrituras Como “Lei” Tem A Nos Dizer?** Seminário de Educação, Diversidade Sexual e Direitos Humanos. Vitória. 2014

ROMANO, Rogério Tadeu. **A criminalização da homofobia.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5810, 29 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74163>. Acesso em: 29 dez. 2020.

ROSÁRIO, Rogéria Chaves. **Direitos humanos em face da dignidade da pessoa humana.** 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?>

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação.** Análise Jurídico-Penal da lei n. 7.716/89 e Aspectos Correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, Crhistiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação.** 2. ed. São Paulo: Ed.Saraiva, 2010.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. **Cidadania e direitos sexuais: um estudo comparativo do reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na África do Sul.** Tese de doutorado, Ciência Política, Unicamp, 2011.

\_\_\_\_\_. **Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil. Contemporânea –** *Revista de Sociologia da UFSCar.* São Carlos, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2016, pp. 179-212.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: *Forense*, p. 267-302, 2009.

SCHWARCZ, Lilia. **O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil 1870-1930.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, D. B. **Necessidade de Criminalizar a Homofobia No Brasil: Porvir Democrático e Inclusão das Minorias.** *Revista da Faculdade de Direito – UFPR,* Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015

SILVA, Eliane Moura. **Religião, diversidade e valores culturais: conceitos teóricos e a educação para a cidadania.** *Revista de Estudos da Religião*, 2004 - pucsp.br. p. 04

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a Constituição: Entre a Trivialidade e a Centralização Judicial.** *Revista Direito FGV.* v. 2. n. 1. Jan-jun. 2006.p.192  
Disponível



em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35221/34021>> Acesso em: 20 jun. 2019. p. 192

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **O Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo\\_judicial\\_soares.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1). p. 8.

STRECK, Lenio Luiz. **STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu**. 2015. Disponível em: <https://www.conversaafiada.com.br/brasil/jurista-defende-pha-contra-heraldo-e-o-stj>

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 443.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 96.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o Princípio de Proibição de Proteção Deficiente: a face oculta da proteção dos Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008. 161p. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>> acesso em 29 de agosto de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Notícias**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=256721>> Acesso às 11h 04m. Data: 01/02/2020;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Notícias**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403689>> Acesso às 09h 36m. Data: 01/02/2020;

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política**. Revista Direito Gv 15. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 39

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 6. ed. Rio de Janeiro, Record, 2004.

UNESCO. **Declaração de Nova Delhi sobre educação para todos**. Nova Delhi: Organizações das Nações Unidas, 1993. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139393por.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2020

VECCHIATTI, P. R. I. **Constitucionalidade e Dever Constitucional da Classificação da Homofobia e da Transfobia como Crimes de Racismo.** Coordenado por Maria Belenice Dias. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** 3ª ed. 2017, p.88/89

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial.** In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p. 40-50, 2009.